



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.689 - SP (2016/0223296-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **MARCOS LEITE RIBEIRO HOLLOWAY**
ADVOGADO : **MARCOS LEITE RIBEIRO HOLLOWAY - SP309864**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **FABIO AUGUSTO OLIVEIRA DA SILVA (PRESO)**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECRETO FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGAS. DIVERSIDADE DE DROGAS. PEDIDO NÃO CONHECIDO, TODAVIA ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em **dados concretos extraídos dos autos**, aptos a justificar a necessidade de **garantia da ordem pública**, notadamente se considerada a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos em seu poder (6,4 gramas de cocaína em 22 porções e 12,5 gramas de crack divididas em 76 porções), circunstância indicativa de um maior desvalor da conduta perpetrada, e que revela a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese (**precedentes**).

IV - O col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do HC nº 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

V - No caso em exame, verifica-se que o paciente, além de ser primário, teve a pena fixada no mínimo legal. Inclusive fez jus à incidência da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

VI - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, **in casu**, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Habeas corpus não conhecido. Todavia, **concedo a ordem, de ofício, para**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o paciente aguarde em regime aberto o julgamento final da apelação pelo eg. Tribunal de origem, salvo se por outro motivo estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.689 - SP (2016/0223296-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de FABIO AUGUSTO OLIVEIRA DA SILVA, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente encontra-se preso preventivamente por ter sido condenado a 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela suposta prática do delito de tráfico de drogas (fl. 281).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal de origem, requerendo a revogação da prisão cautelar. O pedido foi denegado (fls. 350-363).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal devido à **ausência de fundamentos idôneos que justifiquem a manutenção da prisão preventiva** (fl. 6).

Aponta, ainda, a presença de **condições favoráveis** do paciente (fl. 4).

Alega, também, a desproporcionalidade da prisão preventiva, uma vez que há a possibilidade de a pena ser substituída por restritivas de direitos no decorrer do processo (fl. 8).

Requer, ao final, a concessão da ordem "*para que o paciente assista em liberdade o desfecho de sua sorte, expedindo-se o competente contramandado de prisão*" (fl. 10).

A medida liminar foi indeferida à fl. 312.

As informações foram prestadas às fls. 320-365.

A col. Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo **não conhecimento** da impetração em d. parecer assim ementado:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. COCAÍNA. CRACK. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O habeas corpus não deve ser conhecido, porque foi impetrado contra acórdão denegatório do writ originário, em indevida substituição ao recurso ordinário constitucional, nos termos do art. 105-II-a da Constituição.

2. O paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do crime de tráfico de drogas e as circunstâncias concretas do feito revelam a necessidade de manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, fazendo cessar a prática de tráfico de drogas pelo paciente.

3. O decreto da prisão preventiva deve ser mantido, porque está autorizado pelo artigo 312 do Código de Processo Penal e porque é necessário à manutenção da ordem pública.

- Opino pelo não conhecimento do habeas corpus, porém, caso conhecido, o parecer é pela denegação da ordem" (fl. 369).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.689 - SP (2016/0223296-8)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECRETO FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGAS. DIVERSIDADE DE DROGAS. PEDIDO NÃO CONHECIDO, TODAVIA ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em **dados concretos extraídos dos autos**, aptos a justificar a necessidade de **garantia da ordem pública**, notadamente se considerada a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos em seu poder (6,4 gramas de cocaína em 22 porções e 12,5 gramas de crack divididas em 76 porções), circunstância indicativa de um maior desvalor da conduta perpetrada, e que revela a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese (**precedentes**).

IV - O col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do **HC** nº 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

V - No caso em exame, verifica-se que o paciente, além de ser primário, teve a pena fixada no mínimo legal. Inclusive fez jus à incidência da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

VI - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, **in casu**, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Habeas corpus não conhecido. Todavia, **concedo a ordem, de ofício, para que o paciente aguarde em regime aberto o julgamento final da apelação pelo eg. Tribunal de origem, salvo se por outro motivo estiver preso.**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, **ex vi** do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (**v.g. HC n. 93.498/MS**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 18/10/2012).

Na hipótese, a r. decisão impugnada mantida na íntegra pela sentença condenatória, está fundamentada nos seguintes termos, **in verbis**:

"Segundo o relato dos guardas municipais que efetuaram o flagrante, no dia dos fatos, e em patrulhamento na área central da cidade, foram abordados por um popular que lhes denunciou suspeita de tráfico em uma residência na Rua José de Alencar. Ao chegar ao local, fizeram a abordagem dos suspeitos, identificados como William e Fábio. Com o suspeito William foram encontrados um simulacro de arma de fogo e R\$ 207,00 (duzentos e sete reais) em dinheiro e com Fábio foram encontrados 22 (vinte e dois) invólucros plásticos com o que aparentava cocaína e 76 (setenta e seis) invólucros plásticos com um substância aparentando ser crack.

Nos termos do artigo 310. inciso II, do CPP, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva, uma vez que estão presentes os requisitos do artigo 312 do mencionado Código e se revelam inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Os delitos imputados aos acusados, embora não tenham sido cometidos com violência, é daqueles que vem sendo cometido em larga escala e provocando profunda intranquilidade social.

Assim, faz-se necessária a custódia cautelar para o resguardo da ordem pública. A medida extrema encontra pleno respaldo nos elementos de convicção colhidos nos autos, e que se traduzem em prova da prática delituosa e em indícios quanto à autoria.

Também não se pode falar em liberdade provisória, como requerido pelo indicado Fábio. O delito de tráfico é grave e traz sérias conseqüências à sociedade. A atividade da mercancia ilegal fomenta a prática de outros crimes, que causam profunda intranquilidade social. Portanto, a custódia cautelar, ao menos por ora, é necessária para a garantia da ordem pública, sendo irrelevante, neste caso, eventual emprego ou residência fixa.

Registro, por fim. que a primariedade, os bons antecedentes, residência e emprego fixos, por si sós. não constituem óbice à manutenção da segregação imposta.

Ante o exposto. CONVERTO a prisão em flagrante de Fábio Augusto Oliveira da Silva e William Oliveira Cielo em prisão preventiva e consequentemente indefiro o pedido de liberdade provisória formulado pelo indiciado Fábio.

Expeya-se mandado de prisão preventiva" (fls. 328-330).

A análise do excerto acima transcrito permite a conclusão de que a decisão do Juízo de origem que determinou a segregação cautelar do paciente encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, uma vez que devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantia da ordem pública, notadamente se considerada a quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos em seu poder (6,4 gramas de cocaína em 22 porções e 12,5 gramas de crack divididas em 76 porções, fls. 351-352), circunstância indicativa de um maior desvalor da conduta perpetrada, e que revela a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese.

Sobre o tema, colaciono, oportunamente, os seguintes precedentes desta Corte:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTO VÁLIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A prisão do réu antes do trânsito em julgado da condenação, por ser medida excepcional, é cabível apenas quando demonstrada, em decisão fundamentada, a necessidade do resguardo à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, e desde que presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, consoante os termos do art. 312 do CPP.

3. **É válida a custódia preventiva decretada com o fim de assegurar a ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do delito, evidenciada na expressiva e na variada quantidade de drogas apreendidas com o paciente - 132 porções de cocaína (28,38g), 76 pedras de crack (22,86g) , 199 porções de cocaína (42,78g) e 6 porções de maconha (10,55g).**

4. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 352.221/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 27/5/2016).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO CRIME. MODUS OPERANDI DELITIVO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. **Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, cifrada na significativa quantidade de drogas apreendidas - quase um quilo de crack e mais de meio quilo de cocaína -, demonstrando a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública.

2. Ordem denegada" (HC n. 331.877/SP, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 1º/2/2016).

No tocante a fixação do regime de cumprimento de pena, verifico correta a alegação do impetrante.

O col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do **HC** nº 111.840/ES (Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 17/12/2013), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Seguindo tal orientação, firmou-se o entendimento nesta Corte segundo o qual, independentemente da hediondez do crime, o julgador deve observar o disposto no art. 33, §§2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

No caso em exame, verifica-se que o paciente, além de ser primário, teve a pena fixada no mínimo legal. Inclusive fez jus à incidência da minorante inserta no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Assentada tal premissa, impende ressaltar que "*a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada*" (Súmula nº 718 do **Supremo Tribunal Federal**, DJU de 9/10/2003).

No mesmo sentido é a **Súmula nº 440/STJ**, segundo a qual "*fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*".

Desta forma, vislumbro na espécie a presença dos requisitos autorizadores da concessão da ordem de **habeas corpus**, de ofício, para fixar o regime aberto até o julgamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da apelação pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Por último, cumpre frisar que não há hipótese de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**. Todavia, **concedo a ordem, de ofício, para que o paciente aguarde em regime aberto o julgamento final da apelação pelo eg. Tribunal de origem, salvo se por outro motivo estiver preso**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0223296-8

HC 368.689 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00267177620158260114 21502696120168260000 267177620158260114

EM MESA

JULGADO: 02/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARCOS LEITE RIBEIRO HOLLOWAY
ADVOGADO	: MARCOS LEITE RIBEIRO HOLLOWAY - SP309864
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FABIO AUGUSTO OLIVEIRA DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: WILLIAN OLIVEIRA CIELO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.